

L 4 R 4781/08

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 9 R 316/07
Datum
04.09.2008
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 R 4781/08
Datum
13.05.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 04. September 2008 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat auch die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf EUR 27.248,00 festgesetzt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen eine Forderung von insgesamt EUR 27.248,00 (Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung zuzüglich Umlagen nach dem bis 31. Dezember 2005 geltenden Lohnfortzahlungsgesetz - LFZG -).

Die Eltern des Beigeladenen zu 1) (geboren 1968) und zu 2) (geboren 1963), K. und E. B., schlossen am 23. Dezember 1977 beim Notariat M. (Urkundenrolle 1977 Nr. 1480) den Gesellschaftsvertrag zur Gründung der klagenden GmbH. Gegenstand der Gesellschaft war die Herstellung und der Vertrieb von Elektroniksystemen und verwandten Erzeugnissen (später: Automatisierungs- und Prozesstechnik). Das Stammkapital der Gesellschaft betrug DM 80.000/EUR 40.903,00, wovon K. B. DM 60.000,00/EUR 30.677,00 und E. B. DM 20.000,00/EUR 10.226,00 übernahmen. Beide Eheleute waren zu alleinvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreiten Geschäftsführern bestellt.

Unter dem 26. Februar 2005 schloss die Klägerin mit den Beigeladenen zu 1) und zu 2) gleichlautende Geschäftsführerverträge. Die Klägerin wurde als "Arbeitgeber", die Beigeladenen zu 1) und 2) wurden als "Arbeitnehmer" bezeichnet. Gemäß § 1 des Vertrages waren die Beigeladenen zu 1) und 2) alleinvertretungsberechtigt von den Beschränkungen des [§ 181 BGB](#) befreite Geschäftsführer; sie hatten die Geschäfte der Klägerin unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen und des Gesellschaftsvertrages zu führen. § 2 des Vertrages regelte den Beginn der Tätigkeit ab 01. März 2005 und eine feste monatliche Vergütung von EUR 6.300,00; die Beigeladenen zu 1) und 2) sollten frei über Arbeitszeit, -dauer und -ort verfügen. § 3 regelte Geschäftswagen, Spesen und Auslagen, § 4 eine sechswöchige Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Die Kündigung des Vertrags hatte unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Jahresende zu erfolgen (§ 5). Eine Alters- oder Hinterbliebenenversorgung wurde nicht zugesagt (§ 7), § 8 regelte Wettbewerbsverbot und Verschwiegenheit. In § 9 waren die zustimmungspflichtigen Geschäfte aufgeführt, nämlich Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, Abschluss von Rechtsgeschäften über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs hinaus, insbesondere Investitionen über EUR 10.000,00 oder mehr als EUR 50.000,00 pro Geschäftsjahr, Inanspruchnahme von Krediten, Wechselverbindlichkeiten und Bürgschaftsverpflichtungen, Gewährung von Sicherheiten jeder Art und Bewilligung von Rechten außerhalb des üblichen Geschäftsverkehrs, Übernahme fremder Verbindlichkeiten, Abschluss und Kündigung von Pacht- und Mietverträgen, Errichtung von Zweigniederlassungen, Erwerb anderer Unternehmen, Beteiligung an solchen, Ausdehnung des Unternehmens auf neue Geschäftszweige oder Aufgabe bisheriger Niederlassungen, Geschäftszweige und Beteiligungen. Die Beigeladenen zu 1) und 2) sind seit 01. Januar 2010 alleinige Gesellschafter der Klägerin. Die Bestellung der Beigeladenen zu 1) und zu 2) als Geschäftsführer wurde am 26. Januar 2010 im Handelsregister zugleich mit der Erhöhung des Stammkapitals auf EUR 41.000,00 sowie mit einer Änderung der Firmenbezeichnung und des Gegenstands des Unternehmens eingetragen.

Am 27. April 2006 erfolgte seitens der Beklagten eine Betriebsprüfung nach [§ 28 p Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) für den Prüfzeitraum vom 01. Januar 2002 bis 31. Dezember 2005. Durch Bescheid vom 27. April 2006 erhob die Beklagte eine Nachforderung von insgesamt EUR 27.248,00, nämlich für die Beigeladenen zu 1) und zu 2) für den Zeitraum vom 01. März bis 31. Dezember 2005 Beiträge zur Rentenversicherung aus der Beitragsbemessungsgrenze von EUR 52.000,00, Beitragssatz 19,5 v.H., Beiträge jeweils EUR 10.140,00, zur

Arbeitslosenversicherung Beitragssatz 6,5 v.H., Beiträge jeweils EUR 3.380,00 sowie Umlage 21 nach dem LFZG, jeweils EUR 104,00. Zur Begründung war ausgeführt, die Beigeladenen zu 1) und zu 2) seien Fremdgeschäftsführer, die nicht am Stammkapital der Klägerin beteiligt seien. Sie erhielten für ihre Tätigkeit ein vom Gewinn und Verlust der Klägerin unabhängiges Arbeitsentgelt. Sie seien nicht im Sinne einer Mitunternehmerschaft am Gewinn und Verlust der Klägerin beteiligt. Damit mangle es an einem Unternehmersisiko. Eine etwaige Erfolgsbeteiligung sei unerheblich. Auch wenn Einzelweisungen nicht erteilt würden, unterstehe der Geschäftsführer regelmäßig der Prüfung und Überwachung durch die Gesellschafter. Dies stelle Weisungsgebundenheit dar, auch wenn von Überwachungsrechten kein Gebrauch gemacht werde. Nach alledem stünden die Beigeladenen zu 1) und zu 2) als Fremdgeschäftsführer in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis.

Die Klägerin erhob Widerspruch. Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH; Urteil vom 10. März 2005 - [V R 29/03](#) -) könne ein GmbH-Geschäftsführer auch selbständiger Unternehmer sein. Die Stellung eines Geschäftsführers in einer Kapitalgesellschaft könne weit über eine reine Arbeitnehmertätigkeit hinausgehen. Die Einstufung als Arbeitnehmer sei mithin nicht mehr zwangsläufig gegeben. Mithin bestehe keine Sozialversicherungspflicht.

Die Beklagte zog den Gesellschaftsvertrag und den Geschäftsführervertrag bei und erhob den Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung vom 20. August 2006. Darin war für den Beigeladenen zu 2) angegeben, dieser sei bei der Klägerin bereits seit 1992 beschäftigt gewesen und seit (01. März) 2005 Geschäftsführer. Die Stammeinlagen der Eltern seien, außer der Umrechnung anlässlich der Währungsumstellung, gleichgeblieben. Die Beigeladenen zu 1) und zu 2) seien für alle Geschäftsbereiche alleinvertretungsberechtigt. Sie verfügten über die für die Führung des Unternehmens erforderlichen einschlägigen Branchenkenntnisse. Die Tätigkeit sei durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander aufgrund von familienhaften Rücksichtnahmen geprägt. Der Beigeladene zu 2) sei früher als nichtselbständiger Elektrotechniker berufstätig gewesen. Er sei bezüglich Zeit, Ort und Art der Tätigkeit frei und ein Weisungsrecht werde in der Praxis nicht ausgeübt. Auch im Übrigen bestehe völlige Gestaltungsfreiheit, es könne selbständig Personal eingestellt und entlassen werden, Urlaub sei nicht zu genehmigen und es bestehe weiterhin die Kündigungsfrist von drei Monaten zum Quartal. Eine Gewinnbeteiligung bestehe nicht.

Der Widerspruchsausschuss der Beklagten erließ den zurückweisenden Widerspruchsbescheid vom 15. Dezember 2006. Die Beigeladenen zu 1) und 2) würden anstelle einer fremden Arbeitskraft beschäftigt. Sie erhielten ein angemessenes gleichbleibendes Arbeitsentgelt. Im Übrigen werde das gezahlte gleichbleibende Monatsentgelt als Betriebsausgabe verbucht und es werde Lohnsteuer abgeführt. Schließlich seien die Beigeladenen zu 1) und 2) weiterhin nicht an den Stammeinlagen der GmbH beteiligt.

Die Klägerin erhob am 11. Januar 2007 Klage zum Sozialgericht Stuttgart (SG). Eine abhängige Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts habe nicht vorgelegen. Bereits in den achtziger Jahren habe der Beigeladene zu 2) die Bereiche Angebot und Hardware übernommen, der Beigeladene zu 1) die Bereiche Technische Leistung und Software. Die Mutter E. B. habe sich mit der technischen Seite des Unternehmens nie befasst, während sich Vater K. B. bereits seit Ende 2003 aus gesundheitlichen Gründen aus dem Tagesgeschäft zurückgezogen habe. Bereits zu diesem Zeitpunkt hätte das Unternehmen ohne die Beigeladenen zu 1) und zu 2) nicht mehr geführt werden können. Auch sei seit längerem klar gewesen, dass sie Unternehmensnachfolger werden sollten. Eine Übertragung von Geschäftsanteilen sei bisher deshalb nicht erfolgt, weil die Betriebsaufspaltung enden und stille Reserven aufgedeckt werden müssten. Die Übertragung der Geschäftsanteile werde demnächst erfolgen. Die Beigeladenen zu 1) und 2) hätten längst frei schalten und walten können und seien die alleinigen Know-How-Träger des Unternehmens gewesen. Es sei nochmals auf die freie Gestaltung von Arbeitszeit, Arbeitsort und Dauer hinzuweisen und eine Urlaubsregelung sei bewusst nicht getroffen worden. Ein Weisungsrecht bestehe nicht und von einer Eingliederung in den Betrieb könne keine Rede sein. Es sei Sache der Beigeladenen zu 1) und 2), die Organisation des Betriebs zu regeln. Auch Geschäftsführer ohne Geschäftsanteile könnten selbständig tätig sein.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Am Kapital der Gesellschaft nicht beteiligte Geschäftsführer stünden in der Regel in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis. Der Geschäftsführervertrag nenne eine monatliche Vergütung von EUR 6.300,00. Die Zahlung der Vergütung sei nicht von der unmittelbaren Ertragslage der Klägerin abhängig. Eine Beteiligung an Gewinn oder Verlust erfolge nicht. Die Geschäftsführer setzten letztlich nur ihre Arbeitskraft gegen festes Entgelt, nicht aber eigenes Kapital ein. Immerhin seien Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und eine ordentliche Kündigung vereinbart. Die Beschränkungen gemäß § 9 des Geschäftsführervertrages ließen die Tätigkeit nicht gänzlich weisungsfrei werden. Bei Diensten höherer Art und bei familiären Bindungen sei das Weisungsrecht eingeschränkt und zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert. Auch die Ausübung von Arbeitgeberfunktionen führe für sich nicht zur Selbständigkeit.

Das SG erließ den Beiladungsbeschluss vom 29. November 2007, durch welchen die Beigeladenen zu 1) und 2) und - wohl missverständlich - die Pflegekasse der AOK Baden-Württemberg zum Verfahren beigeladen wurden.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 04. September 2008 erklärte der Beigeladene zu 1) zur Niederschrift, der Vater sei im Jahr 2005 gesundheitlich nicht mehr in der Lage gewesen, im Geschäft tätig zu sein. Falls es dem Unternehmen schlecht gehen sollte, würde eine Minderung des Gehalts erwogen. Die Geschäftsführer seien in ihren Entscheidungen komplett frei und von den Gesellschaftern werde kein Einfluss genommen. Eine Übertragung sei aus steuerrechtlichen Gründen bisher nicht erfolgt. Die Klägerin habe 14 Mitarbeiter.

Durch Urteil vom 04. September 2008 wies das SG die Klage ab. Es habe sich um eine versicherungspflichtige Beschäftigung gehandelt. Insbesondere sei ein vereinbartes gleichbleibendes Gehalt gezahlt worden und für wichtigere Geschäfte sei nach § 9 des Geschäftsführervertrags ein Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafter vorgesehen gewesen. Außerdem hätten mehrere typisch arbeitsrechtliche Regelungen wie Entgeltfortzahlung und Kündigungsfrist bestanden. Dass die Beigeladenen zu 1) und zu 2) über ihre Arbeitszeit, ihre Arbeitsdauer und ihren Arbeitsort hätten frei verfügen können und auch überragende Branchenkenntnisse hätten, bringe die Position eines leitenden Angestellten mit sich. Zudem verfügten Fremdgeschäftsführer üblicherweise allein über die maßgeblichen notwendigen Branchenkenntnisse. Zwar sei es gerade bei Familiengesellschaften üblich, dass Kinder, die in den elterlichen Betrieb einstiegen, immer freier in ihren Entscheidungen würden. Dies reiche jedoch nicht aus, um von einem Wechsel von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis in eine selbstständige Tätigkeit auszugehen.

Gegen das am 18. September 2008 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 13. Oktober 2008 beim Landessozialgericht (LSG) Berufung

ingelegt. Zur Begründung verbleibt sie dabei, die Beigeladenen zu 1) und 2) hätten nach Belieben schalten und walten können. Die Übertragung sei nur aufgrund der steuerrechtlichen Probleme aufgeschoben gewesen. Im fraglichen Zeitraum sei von den Beigeladenen zu 1) und 2) aufgrund langjähriger Erfahrung eine völlig neue Technik entwickelt worden, die vom Vater aufgrund seiner gesundheitlichen Situation nicht mehr nachvollzogen habe werden können. Die Mutter sei ohnehin in das operative Geschäft nie eingebunden gewesen. Es habe sich bereits 2004 faktisch um das eigene Unternehmen der Beigeladenen zu 1) und 2) gehandelt. Die Geschäftsführerverträge seien formularmäßig aufgestellt worden und hätten nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprochen, weil insbesondere dem Vater aufgrund seiner gesundheitlichen Situation eine Mitwirkung nicht mehr möglich gewesen sei. Im Übrigen wäre eine fremde Führungskraft wohl kaum bereit gewesen, für ein Monatsentgelt von EUR 6.300,00 "rund um die Uhr" zu arbeiten. Die Beigeladenen zu 1) und 2) seien nicht rechtlich, aber doch faktisch Eigentümer der Klägerin gewesen und mithin selbständige Unternehmer. Die Klägerin hat die diesen Vortrag unterstützenden unterschriftlichen (ohne Datum) Erklärungen der Gesellschafter sowie eine Stellungnahme des Steuerberaters Schwarz vom 30. November 2008 vorgelegt.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 04. September 2008 und den Bescheid vom 27. April 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 15. Dezember 2006 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie entgegnet, die Geschäftsführer seien nicht am Kapital der Klägerin beteiligt. Eine für die Zukunft geplante Kapitalbeteiligung ändere daran nichts. Es verbleibe dabei, dass der Geschäftsführervertrag für bestimmte Geschäfte die Zustimmung der Gesellschafter vorsehe. Ob letztere von ihren Rechten Gebrauch machten, sei ohne Bedeutung. Auch dass sich der Vater nicht mehr am Tagesgeschäft beteiligt habe, habe die Geschäftsführer nicht zu Selbständigen gemacht. Die Beigeladenen zu 1) und 2) seien vertraglich nicht am Gewinn oder Verlust des Unternehmens beteiligt und trügen damit keinerlei unternehmerisches Risiko. Die Gehälter seien auch nicht so gering gewesen, dass von einer eindeutig unterwertigen Bezahlung gesprochen werden könne. Höchststrichterliche Entscheidungen, in denen Geschäftsführer ohne Kapitalbeteiligung als Selbständige beurteilt worden seien, beruhten auf Verhältnissen, die hier nicht vergleichbar gegeben seien.

Die Beigeladenen zu 1), 2), 3) und 4) (Beiladungsbeschluss des Senats vom 24. März 2011 mit Entlassung der Pflegekasse aus der Beiladung) stellen keine eigenen Anträge.

Zur weiteren Darstellung wird auf den Inhalt der Berufsakten, der Klageakten und der von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet. Das angefochtene Urteil des SG vom 04. September 2008 ist nicht zu beanstanden. Der Bescheid der Beklagten vom 27. April 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 15. Dezember 2006 ist nicht zu beanstanden.

Die Beklagte ist nach [§ 28 p Abs. 1 Satz 5 SGB IV](#) für die Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen zuständig. Danach erlassen die Träger der Rentenversicherung im Rahmen von Prüfungen bei den Arbeitgebern nach Abs. 1 Satz 1 der Vorschrift Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung einschließlich der Widerspruchsbescheide gegenüber den Arbeitgebern. Gemäß [§ 28d Satz 1 SGB IV](#) werden die Beiträge in der Kranken- oder Rentenversicherung für einen kraft Gesetzes versicherten Beschäftigten oder Hausgewerbetreibenden sowie der Beitrag aus Arbeitsentgelt aus einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nach dem Recht der Arbeitsförderung als Gesamtsozialversicherungsbeitrag gezahlt. Diesen hat der Arbeitgeber (allein) zu zahlen (vgl. [§ 28 e Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)).

Versicherungspflichtig sind in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) und in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Die Mittel zur Durchführung des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen im Rahmen der Lohnfortzahlung, u.a. nach § 10 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 LFZG des vom Arbeitgeber nach [§ 14 Abs. 1](#) Mutterschutzgesetz gezahlten Zuschusses zum Mutterschaftsgeld und des vom Arbeitgeber nach [§ 11](#) Mutterschutzgesetz bei Beschäftigungsverboten gezahlten Arbeitsentgelts, wurden nach dem bis 31. Dezember 2005 geltenden § 14 LFZG durch eine Umlage von den am Ausgleich beteiligten Arbeitgebern aufgebracht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Dabei ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) Rdnr. 16).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinn sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zur ursprünglich getroffenen Vereinbarung stehende

tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinn gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#)). In diesem Sinn gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199](#), 200 ff.; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#); [BSGE 87, 53](#), 56; jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) Rdnr. 17; Urteile vom 25. Januar 2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) - Rdnr. 22 und vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - Rdnr. 18).

Der Geschäftsführer einer GmbH, der am Stammkapital der Gesellschaft nicht beteiligt ist (Fremdgeschäftsführer), ist grundsätzlich abhängig Beschäftigter der GmbH und versicherungspflichtig. Ausnahmen von dem Grundsatz werden in den Fällen erwogen, in denen der oder die Gesellschafter dem Geschäftsführer bei seiner Tätigkeit völlig freie Hand lassen und er - wirtschaftlich gesehen - seine Tätigkeit nicht für ein fremdes, sondern wie für ein eigenes Unternehmen ausübt (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#) m.w.N.).

Hierbei hat das BSG in zahlreichen Entscheidungen in ständiger Rechtsprechung betont, dass es auch bei einer Familiengesellschaft wesentlich auf die Kapitalbeteiligung und die damit verbundene Einflussnahme auf die Gesellschaft und deren Betrieb ankommt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSG Urteile vom 10. Mai 2007 - [B 7a AL 8/06](#) - und vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -; jeweils veröffentlicht in juris). Zwar führt das Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung nicht zwingend zu einer abhängigen Beschäftigung, jedoch ist in diesen Fällen von einer abhängigen Beschäftigung nur in sehr eng begrenzten Einzelfällen abzugehen. Ein solcher Ausnahmefall kann beispielsweise bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die beispielsweise dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt. Hiervon ist insbesondere bei demjenigen auszugehen, der - obwohl nicht maßgeblich am Unternehmenskapital beteiligt - aufgrund der verwandschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führt (vgl. BSG Urteil vom 08. Dezember 1987 - [7 RAr 25/86](#) -, veröffentlicht in juris). Dies bedeutet aber nicht, dass jede familiäre Verbundenheit zum Ausschluss eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses führt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist vielmehr ebenfalls unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen ([BSGE 3, 30](#), 39 f.; [17, 1](#), 7 f.; [74, 275](#), 278 f.; BSG [SozR 2200 § 165 Nr. 90](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

Bei der Tätigkeit eines Familienangehörigen ist zudem neben der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb und dem gegebenenfalls abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers von Bedeutung, ob der Familienangehörige ein Entgelt erhält, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt, mithin über einen freien Unterhalt, Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgeht. Dabei kommt der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu. Es gilt nicht der Rechtssatz, dass eine untertarifliche oder eine erheblich übertarifliche Bezahlung die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließt (BSG Urteil vom 17. Dezember 2002 - [B 11 AL 34/02 R](#) -, veröffentlicht in juris). Weitere Abgrenzungskriterien sind nach der Rechtsprechung, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen ist, ob das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und schließlich, ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, ist es für die Bejahung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich, dass der Beschäftigte wirtschaftlich auf das Entgelt angewiesen ist (BSG [SozR 3-2500 § 5 Nr. 17](#)). Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht grundsätzlich auch nicht entgegen, dass die Abhängigkeit in der Familie im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird ([BSGE 34, 207](#), 210; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

Gemessen an diesen Maßstäben war die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) und 2) als Geschäftsführer der Klägerin ab 01. März 2005 als abhängiges Beschäftigungsverhältnis einzustufen. Die Geschäftsführerverträge vom 26. Februar 2005 zeigen deutlich das Bild einer abhängigen Beschäftigung. So waren den Beigeladenen zu 1) und 2) lediglich Handlungen gestattet, die der normale Betrieb der Gesellschaft mit sich brachte. Eine Reihe wichtigerer Geschäfte waren gemäß § 9 des Vertrages zustimmungspflichtig seitens der Gesellschafter, nämlich Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, Abschluss von Rechtsgeschäften über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs hinaus, insbesondere Investitionen über EUR 10.000,00 oder mehr als EUR 50.000,00 pro Geschäftsjahr, Inanspruchnahme von Krediten, Wechselverbindlichkeiten und Bürgschaftsverpflichtungen, Gewährung von Sicherheiten jeder Art und Bewilligung von Rechten außerhalb des üblichen Geschäftsverkehrs, Übernahme fremder Verbindlichkeiten, Abschluss und Kündigung von Pacht- und Mietverträgen, Errichtung von Zweigniederlassungen, Erwerb anderer Unternehmen, Beteiligung an solchen, Ausdehnung des Unternehmens auf neue Geschäftszweige oder Aufgabe bisheriger Niederlassungen, Geschäftszweige oder Beteiligungen. Die Beigeladenen zu 1) und 2) erhielten ein festes Monatsgehalt. Entgeltfortzahlung wurde für die Dauer von sechs Wochen gewährt, auch Geschäftswagen, Spesen und Auslagen (§ 3 des Vertrages) und Wettbewerbsverbot (§ 8 des Vertrages) entsprachen arbeitsrechtlichen Üblichkeiten. Dass die am Vertragsschluss Beteiligten die Qualifizierung des Geschäftsführervertrages als Arbeitsvertrag zumindest für möglich gehalten haben, zeigt sich auch daran, dass die Vertragsparteien zwanglos als "Arbeitgeber" und "Arbeitnehmer" bezeichnet wurden. Das Fehlen eines Urlaubsanspruchs stellt sich insoweit als von sehr untergeordneter Bedeutung dar. Die Vergütungspraxis entsprach typischerweise der Vergütung abhängig Beschäftigter. Das Entgelt enthielt keine Bestandteile, die auch nur ansatzweise auf eine Gewinn- oder Umsatzbeteiligung schließen ließen. Demgemäß hat die Entgeltform keine Züge unternehmerischen Risikos getragen. Dass gemäß dem Vortrag der Beigeladenen zu 1) und 2) im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem SG für den Fall einer schlechten Lage des Unternehmens eine Herabsetzung der Bezüge hypothetisch erwogen wurde, hätte sich dies als vorübergehende oder unbefristete freiwillige Abmachung dargestellt, die im Einzelfall auch von familienfremden Beschäftigten praktiziert werden kann. Es fehlt an jeglichem Nachweis einer rechtsverbindlich gewordenen Begründung einer Mitunternehmerschaft.

Die Behauptung, die Geschäftsführerverträge seien formularmäßig aufgestellt worden und hätten nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprochen, vermag nicht durchzugreifen. Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen zu den Verträgen rechtlich nicht ernst gemeint ([§ 118 BGB](#)) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts ([§ 117 BGB](#))

abgegeben worden wären. Es mag sein, dass für den Abschluss der Verträge andere als sozialversicherungsrechtliche Gründe maßgebend waren. Dies erfordert es aber nicht, sie bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung außer Betracht zu lassen. Denn es unterliegt nicht der Disposition der Klägerin, die Wirkungen eines wirksamen Vertrags nach Maßgabe seiner Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken (vgl. hierzu BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 20). Umgekehrt gilt vielmehr, dass dann, wenn eine vertragliche Gestaltung durch zwingende gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, davon auszugehen ist, dass die tatsächlichen Verhältnisse hiervon nicht rechtserheblich abweichen und deshalb bei Beurteilung der Versicherungspflicht diese vertragliche Gestaltung auch rechtlich maßgebend ist (BSG, a.a.O.).

Der Annahme sozialversicherungspflichtiger Beschäftigungsverhältnisse steht auch nicht entgegen, dass die Beigeladenen zu 1) und 2) ihre Tätigkeit weitgehend frei von Einzelweisungen ausgeübt haben. Zunächst ist die Abhängigkeit unter Angehörigen, wie bereits ausgeführt, im Allgemeinen ohnehin weniger stark ausgeprägt und das Weisungsrecht kann deshalb mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werden (vgl. BSG [SozR 3-2500 § 5 Nr. 17](#) m.w.N.). Zum anderen ist die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis bei hochqualifizierten Tätigkeiten regelmäßig eingeschränkt. Nach ständiger Rechtsprechung kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers vornehmlich bei Diensten höherer Art auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn der Versicherte nur im Betrieb eingegliedert ist (vgl. etwa BSG [SozR 3-2400 § 2 Nr. 19](#) m.w.N.). Die nicht ausgeübte Rechtsmacht - der Gesellschafter - und damit die den Beigeladenen zu 1) und 2) eröffnete Dispositionsfreiheit beseitigt aber nicht die rechtlich bestehende persönliche Abhängigkeit (vgl. BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)).

Ein Unternehmerrisiko wurde von den Beigeladenen zu 1) und 2) nicht getragen. Maßgebend hierfür ist, ob eigenes Kapital oder eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel also wesentlich ungewiss ist (vgl. BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - in Juris). Die Vergütung der Beigeladenen zu 1) und 2) ist unabhängig vom Erfolg des Unternehmens gezahlt worden. Die Klägerin haftete für sämtliche Verbindlichkeiten des Unternehmens und war alleinige Trägerin des Insolvenzrisikos. Dass der Erfolg des Unternehmens von den Fähigkeiten und den sicherlich überobligatorischen Einsätzen der Beigeladenen zu 1) und 2) abhing, unterscheidet ihre Position qualitativ nicht von derjenigen leitender Angestellter, die sich unter dem Anreiz der Sicherung und auch möglichen Steigerung der eigenen Bezüge für das Fortkommen des Unternehmens einsetzen und im Übrigen auch unternehmerische Teilaufgaben wahrnehmen (vgl. zu [§ 5 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3](#) Betriebsverfassungsgesetz - BetrVG - Bundesarbeitsgericht - BAG - [NJW 2010, 2746](#)).

Dass die Beigeladenen zu 1) und 2) im streitigen Zeitraum allein das Unternehmen betrieben und der Vater als Mehrheitsgesellschafter nach schlüssiger Darlegung schon aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr im Unternehmen tätig war, stellt sich als ein in der betrieblichen Praxis nicht untypischer Entwicklungsprozess eines Hineinwachsens der jüngeren Familienangehörigen in die Unternehmensnachfolge dar. Es entspricht aber der allgemeinen Lebenserfahrung, dass erst eine rechtlich durchgeführte und damit vollzogene Betriebsübergabe von den Eltern auf die Kinder den (von allen Beteiligten auch als solchen wahrgenommenen) wirklichen Einschnitt in der Unternehmensnachfolge darstellt. Erst dann besteht auch das bis dahin nach wie vor rechtlich existente, wenn auch faktisch nicht mehr ausgeübte Weisungsrecht nicht mehr. Bis zum rechtlichen Vollzug einer Unternehmensnachfolge besteht immer noch die Möglichkeit, an der Nichtausübung von Weisungsrechten jederzeit etwas zu ändern, sodass bis dahin sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht entsprechende Unsicherheiten verbleiben (vgl. BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#); LSG Baden-Württemberg, Urteile vom 18. Mai 2010 und 01. Februar 2011 - [L 11 KR 1423/08](#) und 1541/09 - beide in Juris).

Die Höhe der Nachforderung von EUR 27.248,00 ist nicht zu beanstanden. Die Beitragsbemessungsgrenzen in der Rentenversicherung ([§§ 159, 275a SGB VI](#)) und dem folgend in der Arbeitslosenversicherung (vgl. [§ 341 Abs. 4 SGB III](#)) betragen im Jahr 2005 EUR 62.400,00, also für die zehn Monate vom 01. März bis 31. Dezember 2005 EUR 52.000,00. Aus den Beitragssätzen von 19,5 v.H. bzw. 6,5 v.H. ergab sich eine zutreffende Nachberechnung von EUR 10.140,00 bzw. EUR 3.380,00, für die beiden Geschäftsführer zusammen also EUR 27.040,00. Hinzu kommen jeweils EUR 104,00 der Umlage 21 nach dem LFZG. Die Klägerin ist auch verpflichtet, den Arbeitnehmeranteil der Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu zahlen. Gegen den Beschäftigten hat der Arbeitgeber lediglich einen Anspruch auf den vom Beschäftigten zu tragenden Teil der Beiträge, der aber grundsätzlich nur durch - wie hier regelmäßig nicht mehr durchführbaren - Abzug vom Arbeitsentgelt geltend gemacht werden kann ([§ 28g Satz 1](#) und 2 SGB IV).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) i.V.m. [§§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Zur Zulassung der Revision bestand kein Anlass.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf EUR 27.248,00 festgesetzt. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§§ 63 Abs. 2](#) und 3, [52 Abs. 1](#) und 23, [47 Abs. 1](#) Gerichtskostengesetz (GKG). Der festgesetzte Streitwert ist der Betrag der Nachforderung, gegen den sich die Klägerin mit der Berufung gewandt hat.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-05-18